



**Besluit
Openbaar**

Ons kenmerk: ACM/DJZ/2016/203135_OV
Zaaknummers: 15.0881.52.01 en 15.0925.52.1.01
15.0881.52.02 en 15.0925.52.1.02
15.0881.52.03 en 15.0925.52.1.03
15.0881.52.04 en 15.0925.52.1.04
15.0881.52.05 en 15.0925.52.1.05

Besluit van de Autoriteit Consument en Markt op de bezwaren van Eneco Holding N.V., dertien gemeentelijke aandeelhouders van Eneco Holding N.V., N.V. Nuon Energy, RWE Benelux Holding B.V., de Nederlandse Energie Maatschappij B.V. en NutsServices B.V. tegen het dwangsombesluit van 3 december 2015 ter handhaving van de Wet onafhankelijk netbeheer. Het bezwaar van de dertien gemeentelijke aandeelhouders wordt niet-ontvankelijk verklaard. De overige bezwaren worden ongegrond verklaard. Het dwangsombesluit van 3 december 2015 wordt herroepen en in plaats daarvan wordt een nieuwe last onder dwangsom aan Eneco Holding N.V. opgelegd.

1. Verloop van de procedure

1. Bij besluit van 3 december 2015 met kenmerk ACM/DE/2015/207073 heeft de Autoriteit Consument en Markt (hierna: ACM) een last onder dwangsom opgelegd aan Eneco Holding N.V. (hierna: Eneco).
2. Tegen dit besluit is op 13 januari 2016 pro forma bezwaar gemaakt door Eneco. Op diezelfde dag dienden dertien gemeentelijke aandeelhouders van Eneco¹ (hierna: de aandeelhouders) gezamenlijk pro forma bezwaar in. Op 14 januari 2016 heeft ACM het pro forma bezwaarschrift van de Nederlandse Energie Maatschappij B.V. en NutsServices B.V. (hierna: NLE en NutsServices) ontvangen. Op 15 januari 2016 hebben N.V. Nuon Energy (hierna: Nuon) en RWE Benelux Holding B.V. (hierna: RWE) pro forma bezwaar ingediend.
3. ACM heeft tot 1 maart 2016 de tijd gegeven om de gronden van bezwaar in te dienen. Op 29 februari 2016 heeft ACM alle gronden van bezwaar ontvangen.
4. Op 21 april 2016 heeft een openbare hoorzitting plaatsgevonden, waarbij partijen in de gelegenheid zijn gesteld om hun bezwaren nader toe te lichten. Het verslag van deze hoorzitting is naar alle partijen verzonden.
5. Verder heeft op 21 april 2016 een besloten hoorzitting plaatsgevonden waar Eneco en de aandeelhouders afzonderlijk zijn gehoord. Het verslag van deze hoorzitting is alleen aan Eneco

¹ Rotterdam, Dordrecht, Den Haag, Delft, Heemstede, Lansingerland, Capelle aan de IJssel, Dongeradeel, Achtkarspelen, Kollumerland, Ferwerderadiel, Ameland en Schiermonnikoog.



**Besluit
Openbaar**

en de aandeelhouders gezonden.

2. Het bestreden besluit

6. In het bestreden besluit van 3 december 2015 heeft ACM vastgesteld dat netbeheerder Stedin Netbeheer B.V. (hierna: Stedin) deel uitmaakt van een groep als bedoeld in artikel 24b van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek waartoe ook een rechtspersoon of vennootschap behoort die in Nederland elektriciteit en/of gas produceert of levert of daarin handelt. Dit leverde een overtreding op van artikel 10b, eerste lid, van de Elektriciteitswet 1998 (hierna: E-wet) en artikel 2c, eerste lid, van de Gaswet.
7. Eneco is in het bestreden besluit gelast om de overtreding ongedaan te maken door uitvoering te geven aan het – eventueel gewijzigde – splitsingsplan, inclusief de aanwijzing van de Minister van Economische Zaken. Het bepalende moment waarop aan de last is voldaan, is de dag waarop de notariële akte van aandelenoverdracht passeert. Is dit niet vóór of uiterlijk op 31 januari 2017 het geval, dan verbeurt Eneco een dwangsom van EUR 4,5 miljoen per volle week, met een maximum van EUR 90 miljoen.

3. Juridisch kader

E-wet

8. " Artikel 10b
 1. Een netbeheerder maakt geen deel uit van een groep als bedoeld in artikel 24b van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek waartoe ook een rechtspersoon of vennootschap behoort die in Nederland elektriciteit produceert of levert of daarin handelt.
 2. Rechtspersonen en vennootschappen die deel uitmaken van een groep als bedoeld in artikel 24b van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek waartoe ook een rechtspersoon of vennootschap behoort die in Nederland elektriciteit produceert of levert of daarin handelt, houden geen aandelen in een netbeheerder of in een rechtspersoon die deel uitmaakt van een groep waartoe ook een netbeheerder behoort en nemen niet deel in een vennootschap die deel uitmaakt van een groep waartoe ook een netbeheerder behoort.
 3. Een netbeheerder en met de netbeheerder verbonden groepsmaatschappijen als bedoeld in artikel 24b van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek:
 - a. houden geen aandelen in een rechtspersoon die in Nederland elektriciteit produceert of levert of daarin handelt of in een rechtspersoon die deel uitmaakt van een groep waartoe ook een rechtspersoon behoort die in Nederland elektriciteit produceert of levert of daarin handelt;
 - b. nemen niet deel in een vennootschap die in Nederland elektriciteit produceert of levert of daarin handelt of in een vennootschap die deel uitmaakt van een groep waartoe ook een rechtspersoon of vennootschap behoort die in Nederland elektriciteit produceert of levert of daarin handelt."



**Besluit
Openbaar**

9. "Artikel 77h

De Autoriteit Consument en Markt kan ingeval van overtreding van het bepaalde bij of krachtens deze wet, met uitzondering van artikel 5a, 13, 22, tweede lid, 26aa, 26ad, vijfde lid, en 26ae, tiende lid, dan wel van overtreding van het bepaalde bij of krachtens verordening 714/2009, verordening 713/2009 en verordening 1227/2011 de overtreder een last onder dwangsom opleggen."

Gaswet

10. " Artikel 2c

1. Een netbeheerder maakt geen deel uit van een groep als bedoeld in artikel 24b van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek waartoe ook een rechtspersoon of vennootschap behoort die in Nederland gas produceert of levert of daarin handelt.
2. Rechtspersonen en vennootschappen die deel uitmaken van een groep als bedoeld in artikel 24b van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek waartoe ook een rechtspersoon of vennootschap behoort die in Nederland gas produceert of levert of daarin handelt, houden geen aandelen in een netbeheerder of in een rechtspersoon die deel uitmaakt van een groep waartoe ook een netbeheerder behoort en nemen niet deel in een vennootschap die deel uitmaakt van een groep waartoe ook een netbeheerder behoort.
3. Een netbeheerder en met de netbeheerder verbonden groepsmaatschappijen als bedoeld in artikel 24b van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek:
 - a. houden geen aandelen in een rechtspersoon die in Nederland gas produceert of levert of daarin handelt of in een rechtspersoon die deel uitmaakt van een groep waartoe ook een rechtspersoon behoort die in Nederland gas produceert of levert of daarin handelt;
 - b. nemen niet deel in een vennootschap die in Nederland gas produceert of levert of daarin handelt of in een vennootschap die deel uitmaakt van een groep waartoe ook een rechtspersoon of vennootschap behoort die in Nederland gas produceert of levert of daarin handelt."

11. " Artikel 60ac

De Autoriteit Consument en Markt kan in geval van overtreding van het bepaalde bij of krachtens deze wet, met uitzondering van de artikelen 1b, 5, 9, tweede lid, 13a, 13d, vijfde lid, en 13e, tiende lid, 54, eerste lid, 54a, eerste lid, en artikel 55, tweede en derde lid, dan wel van overtreding van het bepaalde bij of krachtens verordening 715/2009, verordening 994/2010 en verordening 1227/2011 de overtreder een last onder dwangsom opleggen."

4. Ontvankelijkheid

12. NLE, NutsServices, RWE en Nuon hebben op de hoorzitting aangevoerd dat de aandeelhouders niet-ontvankelijk zijn in hun bezwaar. Naar aanleiding hiervan merkt ACM het volgende op.



**Besluit
Openbaar**

4/15

13. Bij het bestreden besluit heeft ACM een last onder dwangsom opgelegd aan Eneco. Eneco heeft 53 gemeenten als aandeelhouder,² waarvan 13 gemeenten nu gezamenlijk in bezwaar komen tegen het dwangsombesluit. Het bestreden besluit heeft als rechtgevolg dat Eneco uiterlijk 31 januari 2017 op last van een dwangsom de overtreding van artikel 10b, eerste lid, van de E-wet en artikel 2c, eerste lid, van de Gaswet dient te beëindigen. ACM is van oordeel dat door dit rechtsgevolg de belangen van de gemeenten slechts op afgeleide wijze worden geraakt,³ namelijk via de aandeelhoudersrelatie. Daarbij lopen de belangen van Eneco en van haar aandeelhouders parallel aan elkaar. Wanneer in deze bezwaarprocedure bijvoorbeeld de dwangsom zou worden verhoogd en de begunstigingstermijn zou worden verkort, zou dit ten nadele van zowel Eneco als haar aandeelhouders strekken. Een verlaging van de dwangsom en verlenging van de begunstigingstermijn zou daarentegen zowel ten gunste van Eneco als haar aandeelhouders komen.
14. Het feit dat, zoals de aandeelhouders in bezwaar naar voren brengen, zelfstandige besluitvorming van de aandeelhouders is vereist om aan de last te voldoen, maakt dit niet anders. Ook wanneer ACM geen last onder dwangsom zou hebben opgelegd, zou Eneco haar concernstructuur in lijn met de wet moeten brengen en zou daarvoor zelfstandige besluitvorming van de aandeelhouders nodig zijn. De aandeelhouders stellen ook een zelfstandig publiek belang te hebben bij plaatsing van bepaalde bedrijfsonderdelen van Eneco. Verder stellen zij dat dit energiebedrijf van belang is voor het verwezenlijken van de duurzaamheidsdoelstellingen van meerdere gemeenten. Deze argumenten maken niet dat de aandeelhouders wel als belanghebbenden kunnen worden aangemerkt. Het moge zo zijn dat de aandeelhouders deze kwesties koppelen aan de splitsing van Eneco, maar het bestreden besluit strekt enkel tot beëindiging van de overtreding van artikel 10b, eerste lid, van de E-wet en artikel 2c, eerste lid, van de Gaswet. Voormelde kwesties staan hier op zichzelf los van.
15. Gezien het voorgaande is ACM van oordeel dat de aandeelhouders geen rechtstreeks betrokken belang hebben bij het bestreden besluit, hetgeen een noodzakelijk voorwaarde is om als belanghebbende te worden aangemerkt. Deze vaststelling vindt volgens ACM ook steun in de rechtspraak. Zij wijst in dit verband bijvoorbeeld op ECLI:RVS:2012:BV7269. Het bezwaar van de aandeelhouders is dan ook niet-ontvankelijk.

5. Ingediende bezwaargronden en overwegingen

16. Dit hoofdstuk bevat de overwegingen van ACM naar aanleiding van de heroverweging van het bestreden besluit op grondslag van de ontvankelijke bezwaren. Hierbij hanteert ACM de indeling van onderwerpen zoals zij die ook in het bestreden besluit hanteerde.

² Zie <https://www.eneco.nl/over-ons/organisatie/aandeelhouders/>.

³ De aandeelhouders stellen in hun bezwaarschrift ook dat zij bekend zijn met het feit dat in de jurisprudentie gesteld wordt dat aandeelhouders slechts een afgeleid belang hebben bij een dwangsombesluit gericht tegen de (moeder)vennootschap.



**Besluit
Openbaar**

5.1 De overtreding

17. In paragraaf 5.1 van het bestreden besluit heeft ACM vastgesteld dat Eneco artikel 10b, eerste lid, van de E-wet en artikel 2c, eerste lid, van de Gaswet overtreedt. Deze constatering heeft niet geleid tot bezwaren van partijen.
18. Na herbeoordeling van het aan het bestreden besluit ten grondslag liggende feitencomplex stelt ACM vast dat Eneco ook artikel 10b, tweede en derde lid, van de E-wet en artikel 2c, tweede en derde lid, van de Gaswet overtreedt. Deze bepalingen verbieden (groepsmaatschappijen van) netbeheerders van gas- en/of elektriciteitsnetten om aandelen te houden in (groepsmaatschappijen van) leveranciers, handelaren en producenten van gas en/of elektriciteit, en vice versa.
19. In de nadere reactie van Eneco van 22 september 2015⁴ heeft Eneco de huidige inrichting van haar concern weergegeven en daarbij toegelicht waar de verschillende activiteiten op het gebied van productie, levering, handel en netbeheer plaatsvinden. In bijlage 1 bij dit besluit is dit schematisch weergegeven.
20. Uit bijlage 1 bij dit besluit valt af te lezen dat Eneco (indirect) zowel aandelen heeft in de groepsmaatschappij van de netbeheerder Stedin als in de groepsmaatschappij waarbinnen productie-, handel- en leveringsactiviteiten plaatsvinden (namelijk Eneco B.V.). Dit betekent dat Eneco, als groepsmaatschappij van de netbeheerder, aandelen houdt in een groepsmaatschappij van een rechtspersoon die zich bezig houdt met productie, levering en handel, en visa versa.⁵
21. ACM stelt aldus vast dat Eneco niet alleen het eerste lid van de artikelen 10b van de E-wet en 2c van de Gaswet, maar ook het tweede en derde lid van deze artikelen overtreedt. Uit eigen beweging ziet ACM aanleiding om de last onder dwangsom tevens te baseren op overtreding van het tweede en derde lid van de artikelen 10b van de E-wet en 2c van de Gaswet. Dit raakt alleen aan de juridische grondslag van de opgelegde last onder dwangsom en heeft voor het overige geen consequenties.

5.2 Handhavend optreden

22. In het bestreden besluit heeft ACM naar aanleiding van de geconstateerde overtreding besloten om over te gaan tot handhavend optreden tegen Eneco. Hiertegen wordt door Eneco bezwaar gemaakt.
23. Eneco stelt dat ACM in het bestreden besluit niet heeft gespecificeerd hoe de verzoekers concreet worden benadeeld door het ongesplitst zijn van Eneco en waarom dit alleen door uitvoering van het groepsverbod kan worden opgeheven. Hierbij wijst Eneco op het rapport van

⁴ Paragraaf 2.1 op pagina 3 van de reactie.

⁵ Eneco heeft overigens tijdens de hoorzitting beaamd dat zij lid 2 van artikel 10b E-wet en artikel 2c Gaswet overtreedt.



**Besluit
Openbaar**

PWC.⁶ Tevens wijst Eneco op de lopende verwijzingsprocedure bij het Hof Amsterdam. Volgens Eneco zou ACM het belang van Eneco met het oog op de duur van de procedure⁷ en de uitslag moeten afwegen tegen de concurrentiebelangen van de verzoekers tot handhaving. Eneco acht het overgaan tot handhaving terwijl deze procedure nog niet is afgelopen ook in strijd met het fair-play-beginsel. Daarnaast stelt Eneco dat ACM de ontwikkelingen omtrent STROOM en het door de SP aangekondigde initiatiefwetsvoorstel moet afwachten. Ten slotte wijst Eneco op het feit dat het arrest van het Hof Den Haag, waarmee de onverbindendheid van het groepsverbod werd uitgesproken, nooit werking heeft verkregen. Naar de mening van Eneco betekent dit dat er op ACM een zwaardere motiveringsplicht rust om uit te leggen waarom zij juist nu overgaat tot handhaven.

Reactie ACM

24. Zoals in randnummer 29 van het bestreden besluit is uiteengezet, dient het handhaven van een wettelijke norm het algemeen belang. In geval van een overtreding zal ACM dan ook in beginsel tot handhaving moeten overgaan. Slechts onder bijzondere omstandigheden kan ACM hiervan afzien. ACM kan afzien van handhaving wanneer er concreet zicht op legalisatie bestaat of wanneer handhaving in een concrete situatie onevenredig is in verhouding tot de daarmee te dienen belangen.
25. ACM stelt voorop dat de wet en het daarin opgenomen groepsverbod voor haar een gegeven zijn. Niet ACM maar de wetgever heeft het groepsverbod in het leven geroepen. Het algemeen belang moet daarom worden geacht te zijn gediend met handhavend optreden. In randnummer 40 van het bestreden besluit heeft ACM benoemd dat het daarbij onder meer gaat om het belang van een onafhankelijk netbeheer en transparantie van de markt.⁸
26. Gelet op de stukken en het verhandelde ter zitting zijn de bezwaren van Eneco niet gericht op het oordeel van ACM dat er geen concreet zicht is op legalisatie. De vraag die ACM in het kader van de volledige heroverweging van het bestreden besluit moet beantwoorden, is of handhaving in deze concrete situatie onevenredig is in verhouding tot de daarmee te dienen belangen.
27. Allereerst vindt ACM dat zij in beginsel mag aannemen dat de overtreding van Eneco schade toebrengt aan het algemene belang dat is gediend met handhaving van het groepsverbod. Met de overtreding blijven voor Eneco namelijk mogelijkheden bestaan om haar concurrenten te benadelen of haar eigen groepsmaatschappijen te bevoordelen. Gezien het feit dat Eneco een commerciële onderneming is waarvan verwacht mag worden dat deze winstmaximalisatie nastreeft, acht ACM het niet onredelijk om aan te nemen dat Eneco ook gebruik zal maken van deze mogelijkheden. Zoals NLE en NutsServices terecht naar voren brengen, brengt de aanwezigheid van netten – die de kredietverschaffers zekerheid bieden als onderpand – mee

6/15

⁶ PWC, 'Een verdeeld of onverdeeld succes?', 8 oktober 2013.

⁷ Eneco schatte ten tijde van het indienen van het bezwaar eind februari 2016 in dat dit een klein jaar zou duren. Zie randnummer 1.6 van het bezwaarschrift.

⁸ Zie verder Kamerstukken II, 2004-2005, 30212, nr. 3, p. 2-5 voor een toelichting op de doelen van het groepsverbod.



**Besluit
Openbaar**

dat de kredietwaardigheid van Eneco hoger ligt dan bij haar concurrenten zonder netten. Hierdoor kan Eneco goedkoper financiering aantrekken en kan zij betere handelsposities innemen.

28. ACM ziet in het rapport van PWC geen bewijs voor de stelling dat de genoemde algemene belangen in deze concrete situatie niet worden geschaad. Het rapport behelst feitelijk een evaluatie van de Won aan de hand van cijfermatige analyses. Nog los van het feit dat een evaluatie van de Won aan de wetgever is voorbehouden, moet worden geconstateerd dat in het rapport niet of nauwelijks wordt ingegaan op de concrete situatie bij Eneco. Daarnaast stelt ACM vraagtekens bij de slotsom van het rapport dat de eigendomssplitsing niet bijdraagt aan de beleidsdoelstellingen van de overheid. PWC heeft namelijk alleen geconstateerd dat uit de beschikbare openbare informatie geen aanwijzingen volgen dat er oneerlijke concurrentiepraktijken hebben plaatsgevonden.⁹ Maar concurrentieverstoring is naar zijn aard moeilijk te ontdekken op basis van de door PWC geraadpleegde openbare informatie. Daarbij komt dat dit nog geen garantie is voor de toekomst.
29. ACM heeft naar haar oordeel in het bestreden besluit op de juiste wijze de belangen die voor handhaving pleiten afgewogen tegen de belangen van Eneco. Ter verduidelijking herhaalt ACM deze afweging hierbij kort. Aan de algemene belangen die schuil gaan achter het groepsverbod moet veel gewicht worden toegekend. De belangen van de verzoekers tot handhaving en de andere concurrenten van Eneco moeten volgens ACM ook zwaar meewegen juist omdat het groepsverbod het tegengaan van oneerlijke concurrentie tot doel heeft. Daarbij geldt dat concurrenten van Eneco alleen via handhaving door ACM voor elkaar kunnen krijgen dat Eneco alsnog splitst en een level playing field wordt gecreëerd; zij hebben geen alternatief instrument om hun belangen te beschermen. In aanvulling op het bestreden besluit benoemt ACM hierbij nog dat de concernleiding van Eneco nu verantwoordelijk is voor het gehele bedrijfsresultaat, wat betekent dat de concernleiding keuzes kan maken die niet (geheel) in het belang zijn van de netbeheerder Stedin maar wel in het belang zijn van andere activiteiten binnen de groep. Handhaving van het groepsverbod maakt een einde aan deze situatie. Ook om deze reden is het algemeen belang gediend met handhavend optreden.
30. Tegenover de belangen die pleiten voor handhaving staan de individuele belangen van Eneco. Bij haar afweging heeft ACM onder ogen gezien dat beëindiging van de overtreding voor Eneco verstrekkende gevolgen heeft. Deze gevolgen zijn naar het oordeel van ACM echter niet dusdanig bijzonder dat handhaving in dit geval onevenredig is in verhouding tot de daarmee te dienen belangen. De omstandigheden dat het juridisch dispuut over de verenigbaarheid van het groepsverbod met artikel 1 Eerste Protocol bij het EVRM nog niet onherroepelijk is beslecht¹⁰ en dat zich ontwikkelingen op wetgevend vlak zouden kunnen voordoen, doen hieraan niet af.
31. Het betoog van Eneco over de werking van het arrest van het Hof Den Haag begrijpt ACM aldus dat Eneco van mening is dat ACM te lang heeft stilgezeten. ACM kan zich hierin niet

7/15

⁹ Dat er geen aanwijzingen zijn voor kruissubsidiëring wordt bijvoorbeeld geconcludeerd in randnummers 18 en 107.

¹⁰ De mogelijkheid van cassatie staat open na de uitspraak van het Hof Amsterdam.



**Besluit
Openbaar**

vinden. Direct nadat het Hof Den Haag op 22 juni 2010 arrest heeft gewezen, heeft de toenmalige minister van Economische Zaken aangegeven in cassatie te gaan.¹¹ Hiervoor was brede steun vanuit de Tweede Kamer.¹² Vervolgens heeft ACM zich, samen met Eneco, voorbereid op de uitspraak van de Hoge Raad door in januari 2014 te overleggen over de mogelijke uitkomsten. Kort na de uitspraak heeft wederom overleg plaatsgevonden. In deze overleggen is ACM helder geweest over haar standpunt, namelijk dat Eneco zou moeten overgaan tot splitsing indien de Hoge Raad het arrest van het Hof Den Haag zou vernietigen.

32. De bezwaargronden van Eneco over handhavend optreden slagen dan ook niet.

5.3 Begunstigingstermijn

33. In het bestreden besluit heeft ACM het einde van de begunstigingstermijn vastgesteld op 1 februari 2017. Eneco is van mening dat deze termijn te kort is om aan de last te voldoen. RWE, Nuon, NLE en NutsServices stellen daarentegen dat de termijn te lang is. In deze paragraaf beoordeelt ACM de ingediende bezwaren.
34. Eneco stelt in de eerste plaats dat het voor de hand ligt om de begunstigingstermijn gelijk te stellen aan de overgangstermijn van 2,5 jaar zoals opgenomen in artikel VIII van de Won. Eneco sluit zich op dit punt aan bij de bezwaren die door DELTA N.V. (hierna: DELTA) zijn ingediend tegen de last onder dwangsom die ACM aan DELTA heeft opgelegd. In de tweede plaats voert Eneco aan dat zij volgens haar eigen krappe planning op zijn vroegst 4 juni 2017 kan zijn gesplitst. Bij deze planning moet volgens Eneco inmiddels een termijn van twee maanden worden opgeteld. [VERTROUWELIJK]. Gelet hierop begrijpt Eneco niet dat ACM de begunstigingstermijn heeft vastgesteld op 1 februari 2017. Dit geldt volgens Eneco te meer, aangezien de situatie van Eneco niet vergelijkbaar is met de situatie waarin Nuon en Essent tot splitsing zijn overgegaan. Bovendien is Eneco voor haar planning deels afhankelijk van derden. ACM heeft volgens Eneco verzuimd te motiveren waarom tijdswinst zou kunnen worden behaald bij het onderhandelen met aandeelhouders, [VERTROUWELIJK]. [VERTROUWELIJK]. Daarbij nemen de aandeelhouders een eigen positie in het splitsingsproces in, getuige ook het door hen ingediende bezwaarschrift. Eneco onderschrijft de bezwaren van de aandeelhouders.
35. RWE, Nuon, NLE en Nutsservices stellen dat Eneco met een kortere begunstigingstermijn uit de voeten zou moeten kunnen. Essent en Nuon zijn destijds in kortere periodes tot splitsing overgegaan in een tijdgewricht waarin veel onduidelijkheid bestond over het regulerend kader. Zij wijzen in dit verband op de eisen op grond van het Besluit financieel netbeheer en de invoering van het zogenoemde Nieuwe Marktmodel. De situatie van Eneco enerzijds en die van Essent en Nuon anderzijds zouden in essentie goed met elkaar vergelijkbaar zijn. De motivering van ACM in het bestreden besluit om Eneco een ruime begunstigingstermijn te gunnen, kunnen RWE, Nuon, NLE en Nutsservices niet goed volgen.

¹¹ Kamerstukken II, 2009-2010, 30212, nr. 77.

¹² Kamerstukken II, 2009-2010, 30212, nr. 78.



**Besluit
Openbaar**

Reactie ACM

36. Zoals ook in het bestreden besluit is overwogen, wordt op grond van artikel 5:32a, tweede lid, van de Awb bij een last onder dwangsom zoals de onderhavige die strekt tot voorkoming van verdere overtreding, een termijn gesteld gedurende welke de overtreder de last kan uitvoeren zonder dat een dwangsom wordt verbeurd. ACM komt bij het bepalen van de lengte van deze begunstigingstermijn enige vrijheid toe. Daarbij geldt als uitgangspunt dat de begunstigingstermijn niet wezenlijk langer mag worden gesteld dan noodzakelijk is om de overtreding te kunnen opheffen. Een begunstigingstermijn mag ook niet wezenlijk korter worden gesteld dan noodzakelijk is om de overtreding te kunnen opheffen.¹³
37. ACM stelt voorop dat het Eneco in beginsel vrij staat om de overtreding te beëindigen op een wijze die haar goed dunkt. Eneco heeft op 26 juni 2009 een splitsingsplan ingediend. Naar aanleiding hiervan heeft de Minister van Economische Zaken op 16 december 2009 een aanwijzing gegeven. Op 17 mei 2016 heeft Eneco het ingediende splitsingsplan gewijzigd. Door uitvoering van dit gewijzigde splitsingsplan zou kunnen worden bereikt dat wordt voldaan aan de artikel 10b van de E-wet en artikel 2c van de Gaswet. Beëindiging van de overtreding zal in elk geval een zodanige aanpassing van de juridische structuur vereisen dat Stedin geen deel meer uitmaakt van de groep als bedoeld in artikel 24b van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek waartoe ook een rechtspersoon of vennootschap behoort die in Nederland elektriciteit of gas produceert of daarin handelt. Een dergelijke aanpassing van de juridische structuur is niet mogelijk zonder de overdracht van aandelen.
38. Evenals in het bestreden besluit ziet ACM aanleiding om de lengte van de begunstigingstermijn af te stemmen op de termijn die Eneco redelijkerwijs nodig heeft om het gewijzigde splitsingsplan ten uitvoer te brengen. Ten behoeve van deze afstemming heeft ACM in het bestreden besluit tevens de door Eneco op 22 september 2015 ingediende planning betrokken. Dit betreft een gedetailleerde planning die is uitgesplitst naar verschillende fasen van het splitsingsproces. Bij een aantal onderdelen van deze planning heeft ACM kritische kanttekeningen geplaatst. ACM heeft in het bestreden besluit onder meer de inschatting door Eneco van de benodigde tijd voor de afronding van het besluitvormingsproces om te komen tot goedkeuring van de aandeelhouders te ruim geoordeeld. Anders dan Eneco meent, heeft ACM daarbij uitvoerig gemotiveerd¹⁴ dat het redelijk is om uit te gaan van een termijn van 16 weken voor de afronding van het besluitvormingsproces bij de aandeelhouders. ACM heeft in dit verband in het bestreden besluit onder meer overwogen dat Eneco de aandeelhouders in een vroeg stadium kan betrekken bij het (gewijzigde) splitsingsplan. Dit is volgens ACM een redelijke veronderstelling. Op de hoorzitting is ook gebleken dat tussen Eneco en de aandeelhouderscommissie reeds overleg heeft plaatsgevonden over de splitsing. Verder heeft ACM in het bestreden besluit onder meer overwogen dat de aandeelhouders niet geheel als onafhankelijke derden in het splitsingsproces kunnen worden gezien. ACM voegt hieraan toe

9/15

¹³ Zie bijvoorbeeld ECLI:NL:RVS:2015:3891.

¹⁴ Randnummers 87 tot en met 93 van het bestreden besluit.



**Besluit
Openbaar**

dat ook de aandeelhouders een belang hebben bij een spoedige beëindiging van de overtreding.

39. De in het bestreden besluit aangehouden termijn van 16 weken correspondeert niet met de totale lengte van de destijds geldende maximale beslistermijnen voor de afronding van het bestuurlijke besluitvormingsproces. Deze beslistermijnen bedroegen namelijk 10 weken voor de besluitvorming in de gemeenteraden en 13 weken voor de goedkeuring door de provincies, gezamenlijk derhalve 23 weken. In het kader van de voorbereiding van de beslissing op bezwaar is ACM gebleken dat inmiddels de verplichte goedkeuringsprocedure bij de provincie is komen te vervallen. ACM ziet in deze omstandigheid echter geen aanleiding om de begunstigingstermijn met 13 weken in te korten. Met voormelde termijn van 16 weken is ACM feitelijk tot een lagere inschatting dan Eneco gekomen voor de benodigde tijd voor de besluitvorming door zowel de gemeenteraden als de provincies. De door ACM ingeschatte tijd die resteerde voor de besluitvorming door de provincies is nagenoeg gelijk aan de tijd die [VERTROUWELIJK]. ACM acht het op grond van de stukken en de door Eneco op de besloten hoorzitting gegeven nadere toelichting redelijk dat Eneco uitgaat van dit scenario bij de splitsing. Gelet hierop verbindt ACM aan het vervallen van de goedkeuringsprocedure door de provincies geen gevolgen voor de begunstigingstermijn.
40. Ook voor het overige ziet ACM geen aanleiding de begunstigingstermijn van het bestreden besluit aan te passen. ACM erkent dat de aandeelhouders eerst voldoende duidelijkheid nodig hebben voordat zij een formeel besluit kunnen nemen over de splitsing. [VERTROUWELIJK]. Daarbij kan Eneco zo nodig (voorlopig) uitgaan van verschillende varianten voor de vermogenstoedeling naar het energie- en het netwerkbedrijf en eigen inschattingen voor de creditrating na splitsing. Voor zover partijen verwijzen naar de relatief korte doorlooptijd van de splitsingstrajecten voor Nuon en Essent, merkt ACM op dat een vergelijking tussen deze splitsingstrajecten en het splitsingstraject voor Eneco niet of slechts in zeer beperkte mate zinvol is. Zowel de bedrijven als de (markt)omstandigheden verschillen namelijk van elkaar. De productie-, levering en handelsactiviteiten van Nuon en Essent bijvoorbeeld werden destijds verkocht aan kapitaalkrachtige (buitenlandse) energiemaatschappijen. En het strategische besluit om over te gaan tot deze verkoop werd genomen in een vroegtijdig stadium van het splitsingsproces voor Nuon en Essent. Hierdoor is verklaarbaar dat Nuon en Essent in een relatief korte periode tot splitsing konden overgaan. Bij Eneco ligt deze situatie in de gegeven (markt)omstandigheden zodanig anders dat zij een langere periode nodig heeft om tot splitsing over te gaan dan Nuon en Essent.
41. Voor zover Eneco verwijst naar de in artikel VIII van de WvO opgenomen overgangstermijn van 2,5 jaar merkt ACM het volgende op. In het dwangsombesluit voor DELTA heeft ACM aangegeven dat de wetgever met voormelde termijn voor alle geïntegreerde bedrijven een overgangsvoorziening in het leven heeft geroepen om na inwerkingtreding van het groepsverbod het splitsingsproces uit te voeren.¹⁵ Deze overgangsvoorziening – die is uitgewerkt – is niet bedoeld om te worden toegepast in een handhavingssituatie als de

10/15

¹⁵ Zie randnummer 87 van het dwangsombesluit voor DELTA.



**Besluit
Openbaar**

onderhavige.

42. Gezien het voorgaande acht ACM evenals in het bestreden besluit het redelijk te verwachten dat Eneco uiterlijk 31 januari 2017 zal zijn gesplitst. ACM zal de vastgestelde begunstigingstermijn daarom handhaven. De bezwaren van Eneco, RWE, Nuon, NLE en Nutsservices op dit punt slagen niet.

5.4 Dwangsom

43. In het bestreden besluit heeft ACM een dwangsom vastgesteld van EUR 4,5 miljoen per volledige week dat nog sprake is van overtreding van het groepsverbod, met een maximum van EUR 90 miljoen.
44. Eneco stelt dat de dwangsom disproportioneel hoog is. Zij vindt dat ACM het veronderstelde voordeel bij voortdurende van de overtreding onvoldoende heeft gemotiveerd. In combinatie met de krappe begunstigingstermijn kan de dwangsom volgens Eneco het karakter krijgen van een boete. Eneco wijst erop dat het splitsingstraject complex is en dat een vertragende omstandigheid al snel meer dan één week vertraging oplevert.
45. NLE en Nutsservices maken bezwaar tegen het maximumbedrag en het feit dat ACM de dwangsom niet heeft vastgesteld op een bedrag ineens. Naar hun mening krijgt Eneco met deze dwangsom te veel speelruimte om te temporeren omdat niet-naleving van de wet voordeliger is dan het opheffen van de overtreding. NLE en Nutsservices pleiten voor een dwangsom ter hoogte van het genoten voordeel plus EUR 90 miljoen welke ineens wordt verbeurd direct na afloop van de begunstigingstermijn.

Reactie ACM

46. Artikel 5:32b van de Awb bevat regels voor het vaststellen van een dwangsom. Bij het kiezen van een modaliteit wanneer een dwangsom wordt verbeurd, de hoogte van de dwangsom en het maximum te verbeuren bedrag komt ACM een ruime mate van beleidsvrijheid toe.¹⁶
47. Omdat de last onder dwangsom in redelijke verhouding moet staan tot de zwaarte van het geschonden belang en Eneco moet bewegen tot naleving van de wet, acht ACM het zinvol om de hoogte van de dwangsom af te stemmen op het voordeel dat zij geniet bij voortzetting van de overtreding. ACM is het niet eens met Eneco dat zij dit voordeel in het bestreden besluit onvoldoende zou hebben gemotiveerd. De motivering van ACM in het bestreden besluit komt, samengevat weergegeven, op het volgende neer.
48. ACM beschikt over onvoldoende gegevens om zelf de hoogte van het voordeel voor Eneco bij voortzetting van de overtreding adequaat te kunnen inschatten. Zij heeft zich daarom verlaten op de gegevens die partijen hierover hebben verstrekt. Eneco heeft bij brief van 20 augustus 2015 een gedetailleerde beschrijving gegeven van de nadelige financiële gevolgen van een splitsing

11/15

¹⁶ Zie bijvoorbeeld ECLI:NL:CBB:2014:153.



**Besluit
Openbaar**

voor haar. Zij heeft daarbij verschillende categorieën nadelige financiële gevolgen onderscheiden. Het betreft hier zowel de directe gevolgen van splitsen (bijvoorbeeld kosten voor extra medewerkers en kosten voor een separate overhead, informatiesystemen en computers) als indirecte gevolgen (verlaagde creditrating). RWE heeft bij brief van 20 augustus 2015 aangegeven dat het voordeel voor Eneco bij voortduring van de overtreding kan worden ingeschat op EUR 57,5 miljoen (EUR 39 miljoen eenmalige kosten en EUR 18,5 miljoen jaarlijkse kosten). NLE en NutsServices zijn bij brief van 5 oktober 2015 ingegaan op het geschatte voordeel voor Eneco bij voortzetting van de overtreding. Zij hebben in dit verband een eenmalig en structureel nadeel becijferd samenhangend met – onder andere – de bevoordeling van het productie- en leveringsbedrijf door het netwerkbedrijf en het voordeel vanwege de fiscale eenheid.

49. Uit voormelde gegevens kan, binnen een zekere bandbreedte, een bedrag op jaarbasis worden afgeleid. Bij dit bedrag gaat het merendeels om kosten voor Eneco die gemoeid zijn met de splitsing. Dit kostennadeel behoeft niet noodzakelijkwijs precies overeen te komen met het voordeel dat Eneco – zoals een relatief gunstige creditrating – geniet bij voortzetting van de overtreding. Maar de genoemde bedragen kunnen volgens ACM wel redelijkerwijs worden gebruikt als indicatie daarvoor. Immers, ook doordat Eneco bepaalde kosten (nog) niet maakt, geniet zij thans een voordeel. Van het bedrag op jaarbasis heeft ACM in het bestreden besluit een dwangsom afgeleid van EUR 4,5 miljoen per volledige week dat de overtreding voortduurt, met een maximum van EUR 90 miljoen.
50. De bezwaargrond van Eneco dat de dwangsom het karakter van een boete kan krijgen, richt zich in feite tegen de begunstigingstermijn die in haar optiek te krap is. Zoals hiervoor in paragraaf 6.3 is uiteengezet, deelt ACM deze visie niet. ACM is van oordeel dat het redelijk is te verwachten dat Eneco uiterlijk 31 januari 2017 zal zijn gesplitst. Zij heeft de begunstigingstermijn dan ook op deze datum vastgesteld.
51. Het bezwaar van NLE en Nutsservices richt zich tegen het maximumbedrag en de modaliteit van de dwangsom. In het bestreden besluit heeft ACM een termijn van 20 weken aangehouden ter bepaling van het maximumbedrag. ACM is van oordeel dat uit het maximumbedrag van EUR 90 miljoen voldoende prikkel uitgaat voor Eneco om de overtreding te beëindigen. Het verbeuren van een bedrag ineens na afloop van de begunstigingstermijn acht ACM onredelijk en niet goed passen bij het continue karakter van de overtreding. Overigens kan ACM haar handhavingsbevoegdheid opnieuw inzetten in het onverhoopte geval dat Eneco na deze 20 weken haar overtreding nog steeds niet heeft beëindigd.
52. Gezien het voorgaande treffen de bezwaren van Eneco, NLE en Nutsservices over de dwangsom geen doel.
53. Wel ziet ACM uit eigen beweging aanleiding om het tijdstip van het verbeuren van de eerste dwangsom aan te passen. In het dictum van het bestreden besluit is vermeld dat Eneco een dwangsom van EUR 4,5 miljoen verbeurt per volledige week waarin zij na 31 januari 2017 niet aan de last voldoet. Uit deze formulering volgt dat de eerste dwangsom pas na 7 februari 2017

12/15



**Besluit
Openbaar**

wordt verbeurd als Eneco niet aan de last voldoet. Dit komt feitelijk neer op een verlenging van de begunstigingstermijn met één week. Aangezien deze verlenging niet is beoogd, bepaalt ACM dat Eneco tevens een dwangsom verbeurt zodra zij de last overtreedt.

6. Conclusie

54. De slotsom is dat het bezwaar van de aandeelhouders niet-ontvankelijk is. De bezwaren van Eneco, RWE, Nuon, NLE en Nutsservices zijn ongegrond.
55. ACM heeft in paragraaf 5.1 en 5.4 beschreven dat zij uit eigen beweging aanleiding ziet een tweetal onderdelen van de last onder dwangsom aan te passen. In de eerste plaats zal ACM de last onder dwangsom tevens baseren op de overtreding van het tweede en derde lid van de artikelen 10b van de E-wet en 2c van de Gaswet. Ten tweede zal ACM het dictum zo aanpassen dat Eneco ook een dwangsom verbeurt zodra zij de last overtreedt.
56. Tevens ziet ACM uit eigen beweging aanleiding om de in de last onder dwangsom neergelegde omschrijving van de te nemen herstelmaatregelen, in geringe mate te wijzigen. Het staat Eneco in beginsel vrij om de overtreding te beëindigen op een wijze die haar goed dunkt. Gelet op dit uitgangspunt zal ACM de omschrijving van de te nemen herstelmaatregelen beperken tot hetgeen hiervoor in elk geval noodzakelijk is. Dit betreft de aandelenoverdracht waardoor Stedin geen deel meer uitmaakt van de groep als bedoeld in artikel 24b van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek waartoe ook een rechtspersoon of vennootschap behoort die in Nederland elektriciteit en/of gas produceert of daarin handelt.
57. Omwille van de duidelijkheid herroept ACM het bestreden besluit en legt zij Eneco in de plaats daarvan een nieuwe last onder dwangsom op waarin de hiervoor vermelde ambtshalve wijzigingen zijn verwerkt. Voor de goede orde merkt ACM op dat de herroeping alleen betrekking heeft op de rechtsgevolgen die in het dictum van het bestreden besluit zijn vervat. De herroeping laat de motivering van het bestreden besluit onverlet.
58. Voor een proceskostenveroordeling ziet ACM geen aanleiding. Niet de bezwaren van Eneco, RWE, Nuon, NLE en Nutsservices, maar de hiervoor vermelde ambtshalve wijzigingen hebben aanleiding gegeven voor de herroeping van het bestreden besluit. Van een herroeping wegens aan ACM te wijten onrechtmatigheid is geen sprake. Gelet hierop is niet voldaan aan de in artikel 7:15, eerste lid, van de Awb opgenomen vereisten om over te gaan tot een proceskostenveroordeling.

13/15



**Besluit
Openbaar**

7. Dictum

De Autoriteit Consument en Markt:

- I. verklaart het bezwaar van de gemeentelijke aandeelhouders niet-ontvankelijk;
- II. verklaart de bezwaren van Eneco Holding N.V., de Nederlandse Energie Maatschappij B.V., NutsServices B.V., N.V. Nuon Energy en RWE Benelux Holding B.V. ongegrond;
- III. herroept het besluit van 3 december 2015 met kenmerk ACM/DE/2015/207073;
- IV. gelast Eneco Holding N.V. uiterlijk 31 januari 2017 de overtreding van artikel 10b, eerste, tweede en derde lid, van de Elektriciteitswet 1998 en artikel 2c, eerste, tweede en derde lid, van de Gaswet te beëindigen. Eneco Holding N.V. dient uiterlijk deze datum de aandelen over te dragen waardoor Stedin Netbeheer B.V. geen deel meer uitmaakt van de groep als bedoeld in artikel 24b van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek waartoe ook een rechtspersoon of vennootschap behoort die in Nederland elektriciteit en/of gas produceert of daarin handelt. Het bepalende moment waarop aan de last is voldaan, is de datum waarop de notariële akte van aandelenoverdracht passeert;
- V. bepaalt dat Eneco Holding N.V. een dwangsom van EUR 4.500.000 verbeurt zodra zij de onder IV. opgenomen last overtreedt;
- VI. bepaalt dat Eneco Holding N.V. een dwangsom van EUR 4.500.000 verbeurt per volledige week waarin zij na de onder IV. genoemde datum niet aan de last voldoet;
- VII. stelt het maximum waarboven Eneco Holding N.V. geen dwangsommen meer verbeurt vast op EUR 90.000.000.

14/15

Den Haag,

Datum: 20 juni 2016

Autoriteit Consument en Markt,
namens deze,

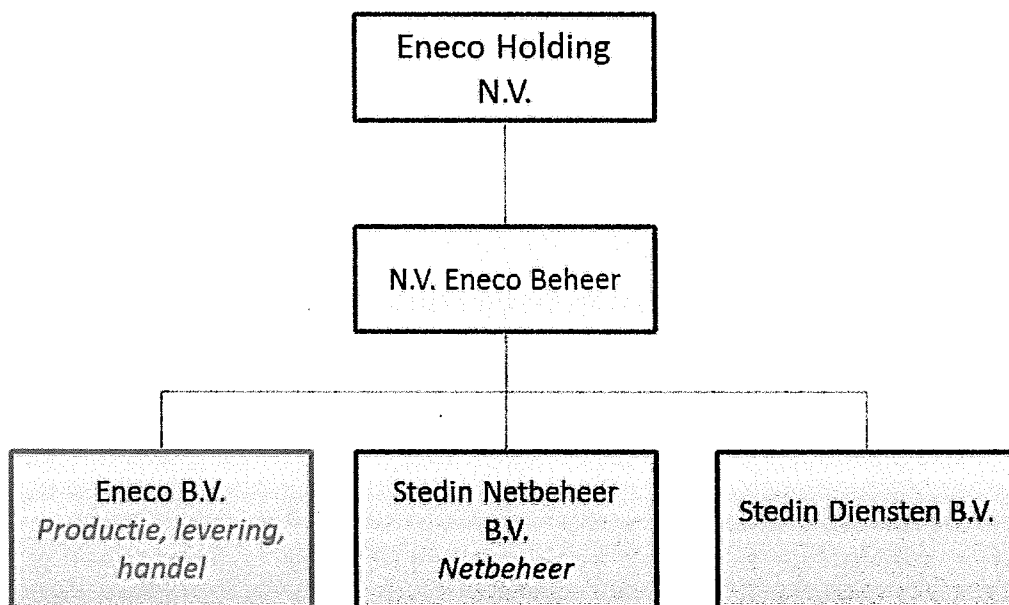
W.g.
mr. C.A. Fonteijn
Bestuursvoorzitter

Tegen dit besluit kan een belanghebbende binnen zes weken na bekendmaking daarvan beroep instellen bij de rechtbank Rotterdam, postbus 50950, 3007 BL Rotterdam.



Besluit
Openbaar

Bijlage 1: schematische weergave van de organisatiestructuur van
Eneco Holding N.V.



15/15